

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

difetto di giurisdizione, translatio iudicii e salvezza degli effetti della domanda - nota a Cass., Sez.Un., 22 febbraio 2007, n. 4109, e a Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/62181> since 2016-11-21T08:41:57Z

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

Davide Turrone
v. Piffetti n. 21 – Torino
cell. 339-84.86.816

CASSAZIONE CIVILE, Sezioni Unite, 22 febbraio 2007, n. 4109 – CARBONE *Presidente agg.* – TRIFONE *Relatore* – Martone *P.M.* (conf.) – Golf Vacanze S.p.a. (avv.ti Mastelloni, Murdolo) – Comune di Opera

Cassa Cons. Stato, 16 dicembre 2004, n. 8083

Giurisdizione – Pronuncia sulla giurisdizione – Idoneità al giudicato – Sussiste (C. p. c. artt. 37, 329; l. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 30)

Dal coordinamento dei principi sulla rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione con quelli che disciplinano il sistema delle impugnazioni, deriva che, ove il giudice di primo grado abbia espressamente statuito sulla giurisdizione, il riesame della questione da parte del giudice di secondo grado postula che essa sia stata riproposta con il mezzo di gravame, ostandovi, altrimenti, la formazione del giudicato interno.
(1)

Giurisdizione – Pronuncia sulla giurisdizione – Rinvio della causa al giudice di cui è affermata la giurisdizione – In ogni caso (C. p. c., artt. 50, 367, 382)

Sia davanti alla Corte di cassazione, sia davanti a qualunque giudice di merito ordinario o speciale che declini la giurisdizione a favore di altra autorità giudiziaria, deve sempre farsi luogo alla translatio iudicii (2)

CORTE COSTITUZIONALE, 12 marzo 2007, n. 77 – BILE *Presidente* – VACCARELLA *Relatore* – Totò Pizzeria s.r.l. et al – Comune di Genova et al.

Giurisdizione – Difetto di giurisdizione – Declinatoria di giurisdizione da parte del giudice amministrativo – Conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda – Esclusione – Illegittimità costituzionale (Cost. artt. 111, 111, 113; C. p. c. artt. 50, 367, 382; l. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 30)

E' costituzionalmente illegittimo, in riferimento agli artt. 24 e 111 Cost., l'art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 («Istituzione dei tribunali amministrativi regionali»), nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione. (3)

Difetto di giurisdizione, translatio iudicii e salvezza degli effetti della domanda

(1) Il Consiglio di Stato dichiara il difetto di giurisdizione a favore del giudice ordinario; quindi annulla senza rinvio la decisione del TAR, che nel precedente grado di giudizio aveva affermato la giurisdizione del giudice amministrativo. Contro la sentenza del Consiglio di Stato viene proposto ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 362, 1° co., c.p.c. Le Sezioni unite accolgono il ricorso e cassano con rinvio la decisione impugnata, enunciando i principi riportati in epigrafe.

La prima massima risponde a un orientamento consolidato nella giurisprudenza della Suprema Corte; invece la seconda è relativamente innovativa.

Si vedano in senso conforme alla prima massima, e secondo una linea che risale a Cass., Sez. Un., 22 luglio 1960, n. 2084, in *Giust. Civ.*, 1960, I, 1932, con nota di SANDULLI; Id., 19 ottobre 2006, n. 22427, in *Mass. Giur. It.*, 2006; Id., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7039, in *Mass. Giur. It.*, 2006; Id., 27 maggio 2005, n. 11318, *ivi*, 2005; Id., 12 marzo 2002, n. 3568, *ivi*, 2002; Id., 7 giugno 1999, n. 5593, *ivi*, 1999; Id., 18 dicembre 1998, n. 12699, *ivi*, 1998. In base a questo orientamento - va precisato -, la questione sulla giurisdizione è preclusa non solo quando è mancata una tempestiva censura contro la statuizione espressa; ma anche se non è stata impugnata la decisione di merito su un campo di domanda, nei limiti in cui è sceso il giudicato sul rapporto controverso.

Con specifico riferimento al giudicato sulla giurisdizione sceso sulla sentenza del giudice amministrativo, registriamo tuttavia una varietà di posizioni in seno alla giurisprudenza amministrativa. L'indirizzo più recente, accolto dal Consiglio di Stato in adunanza plenaria, è comunque in sintonia con la massima in commento. V. Cons. Stato (Ad. Plen.), 30 agosto 2005, n. 4, in *Corr. Giur.*, 2005, 1569 e segg. (con nota di TRAVI) e in *Foro It.*, 2006, III, 265; nello stesso senso v. Id., 29 agosto 2005, n. 4402, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, 2267; Id., 15 dicembre 2003, n. 8212, in *Guida Enti loc.*, 2003, 103. Per la precisazione, in linea con la giurisprudenza della Suprema Corte, secondo cui il giudicato sceso su un capo di domanda preclude *in parte qua* ogni questione sulla giurisdizione, v. Id., 18 maggio 2004, n. 3186, in *Corr. Giur.*, 2004, 1004.

Contra Id., 25 marzo 1998, n. 390, in *Cons. Stato*, 1998, I, 470, secondo cui la decisione che afferma la giurisdizione del giudice adito non impedirebbe al giudice dell'impugnazione di rilevare il difetto di giurisdizione anche d'ufficio. Questo orientamento, oggi minoritario anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, dà particolare rilievo alla circostanza che il difetto di giurisdizione - come il difetto di altri requisiti per la decisione della causa nel merito - integra un vizio rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo. Ma fatalmente svaluta il regime della sentenza che, nel precedente grado del processo, abbia già pronunciato sulla giurisdizione; cioè la sua naturale attitudine a diventare incontestabile se non impugnata *in parte qua*.

Per un generale inquadramento del tema, v. AMIRANTE, *La giurisdizione e la sua verifica in Cassazione*, in AA.VV., *La cassazione civile*, Torino, 1998, I, 732 e segg.

(2) La seconda massima, almeno nei termini generali in cui viene enunciata, si pone in consapevole contrasto con l'opinione finora dominante nella giurisprudenza della Suprema Corte (in senso contrario alla *translatio iudicii* da giudice ordinario a giudice speciale, v. fra le tante Cass., Sez. Un., 7039/2006, cit.; Id., Sez. Un., 19 aprile 2004, n. 7374, in *Corr. Giur.*, 2004, 1186 e segg., con nota di ORIANI; Id., Sez. Un., 16 dicembre 2003, n. 19218, *ivi*, 2003; Id., Sez. Un., 6 novembre 1993, n. 10998, in *Giust. Civ.*, 1993, I, 2878; e in dottrina ATTARDI, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente a quello competente*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, I, 150-152; CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità civili*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, 126; VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 125 e segg.; BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, 2004, 94).

E in modo altrettanto consapevole accoglie i suggerimenti di una parte della dottrina, tendenti a dimostrare che la *translatio iudicii* è un fenomeno operante a tutto campo, senza distinzione fra giudice ordinario e giudice speciale e fra pronuncia resa dalla Suprema Corte o da altro giudice.

Il riferimento va soprattutto a ORIANI, *Giudice ordinario, giudice speciale, translatio iudicii?*, in *Corr. Giur.*, 2005, 1463 e segg.; ID., *Sulla translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, in *Foro it.*, 2004, V, 9 e segg.; CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e "translatio iudicii"*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. civ.*, 2005, 729 e segg. Nella stessa direzione, ma con vari limiti alla piena operatività del fenomeno, v. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002, 313 e segg., che la ammette ma solo quando la pronuncia sulla giurisdizione è resa dalla Suprema Corte (in senso analogo, con specifico riferimento al processo tributario, v. CENTORE, *Limiti di giurisdizione per le controversie in materia doganale*, 1022, in *Corr. Trib.*, 2000, 1023; BUONCRISTINANI, *Giurisdizione e competenza, rito e merito (problemi attuali e possibili soluzioni)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1994, 165 e segg., spec. 185, che, con riferimento al riparto fra giudice ordinario e amministrativo, ammette la *translatio iudicii* dall'uno all'altro ma solo se la situazione giuridica azionata mantenga natura di diritto soggettivo, mentre la esclude se la giurisdizione del giudice amministrativo viene affermata perché tale situazione è degradata a interesse legittimo.

Si è così offerta una soluzione attesa e del tutto condivisibile, che fra l'altro ha evitato l'ennesimo intervento del legislatore in campo processuale.

Va chiarito che alla svolta ha concorso una pluralità di fattori; e non solo la convinzione che la strada imboccata fosse in totale sintonia con le norme vigenti.

Il principale di questi fattori è stato senz'altro il senso di inadeguatezza del sistema delineato dall'orientamento tradizionale della Cassazione. Quest'ultima, accedendo a una interpretazione restrittiva degli artt. 367, cpv., e 382 c.p.c., nel caso di declaratoria di difetto di giurisdizione ammetteva il rinvio soltanto da giudice speciale a giudice ordinario; ma non viceversa. Una asimmetria forse compatibile con il tenore dell'art. 367 c.p.c.; ma che difficilmente si giustifica sul piano della ragionevolezza e della effettiva tutela delle situazioni giuridiche: soprattutto se, come nel caso del processo amministrativo (v. l'art. 21, l. 1034/1971 e l'art. 36, r.d. 1054/1924), l'azione davanti al giudice speciale è soggetta a un breve termine di decadenza. Quando il

giudice ordinario declina la propria giurisdizione a favore del giudice speciale, quel termine è ampiamente spirato; e secondo l'interpretazione criticata l'interessato si troverebbe preclusa ogni via alla tutela giurisdizionale. In questo quadro non va poi trascurato l'impatto di Corte Cost., 5 luglio 2004, n. 204, in *Giur. It.*, 2004, 2255 e segg., con nota di POGGIO, in *Foro It.*, 2004, I, 2594, con note di BENINI, TRAVI, FRACCHIA, in *Corr. Giur.*, con note di CARBONE, CONSOLO, DI MAJO, che, nel censurare la scelta legislativa di attribuire “blocchi di materie” alla giurisdizione del giudice amministrativo, ha esposto a declinatoria di giurisdizione una gran quantità di processi pendenti dinanzi al giudice amministrativo: V., in proposito COSTANTINO, *La ricreazione è finita (sugli effetti delle sentenze n. 204 e n. 281 della Corte costituzionale)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, 384 e segg.; ORIANI, *Giudice ordinario*, cit., 1463; CONSOLO, *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislatori processuali (sulla legge n. 80/2005)*, in *Corr. Giur.*, 2005, 893.

Un altro probabile fattore - sul quale però la sentenza in commento tace - è il contrasto fra la Suprema Corte e la giurisprudenza amministrativa. Quest'ultima ci sembra favorevole alla traslazione davanti a sé del processo instaurato innanzi al giudice ordinario poi dichiarato carente di giurisdizione. V. in tal senso, ad es., Cons. Stato, 7 agosto 1987, n. 565, in *Cons. Stato*, 1987, I, 1171 “Nel giudizio nel quale si fa questione di diritti soggettivi attinenti al rapporto di pubblico impiego, demandati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, trova applicazione l'istituto processuale della *translatio iudicii*, produttivo dell'effetto conservativo della domanda introduttiva; pertanto, la riassunzione del giudizio, dopo l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo da parte della corte di cassazione, non deve essere proposta nel termine decadenziale di cui all'art. 21, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, trovando invece, applicazione il termine per la riassunzione previsto dall'art. 50 c. p. c. (sei mesi).”; Id., 23 novembre 2000, n. 6233, in *Utet Giuridica, Repertorio*, voce “Competenza e giurisdizione civile”; T.A.R. Emilia-Romagna, 24 giugno 1997, n. 408, in *Trib. Amm. Reg.*, 1997, I, 3145; T.A.R. Marche, 26 settembre 1991, n. 527, in *Foro Amm.*, 1992, 1159. E' utile precisare che, secondo questo consolidato orientamento, il termine per la riassunzione della causa davanti al giudice amministrativo varia a seconda che la situazione giuridica azionata abbia natura di diritto soggettivo o di interesse legittimo: nel primo caso il termine è quello di sei mesi previsto dall'art. 367, cpv., c.p.c.; nel secondo, invece, vale il termine di sessanta giorni, previsto per la impugnazione dei provvedimenti amministrativi, decorrente dalla data di conoscenza della pronuncia della S.C.: cfr. in tal senso T.A.R. Lombardia, 3 giugno 2004, n. 2359, in *Giur. merito*, 2004, 2367 (s.m.); T.A.R. Calabria, 18 maggio 1995, n. 543, in *T.A.R.*, 1995, 3330.

Del resto, nemmeno la Suprema Corte ha manifestato una totale chiusura verso la soluzione ora accolta. Lo dimostrano i precedenti citati dalla sentenza in commento, pur svalutati dalla stessa perché non prendevano puntuale posizione contro l'opposto indirizzo. Di queste decisioni è utile dare qualche riferimento.

Ha ammesso la *translatio iudicii* da giudice straniero (di Stato aderente alla Conv. di Bruxelles, peraltro) a giudice italiano Cass., 18 giugno 1987, n. 5357, in *Giur. It.*, 1988, I, 1, 204 e in *Foro It.*, 1988, I, 1203, con nota di DONATI. V. inoltre, in dottrina, sulla possibilità di una *translatio iudicii* da giudice nazionale a giudice straniero (con

particolare riguardo all'ipotesi di contemporanea pendenza di cause avanti l'uno e l'altro giudice e di sospensione della causa avanti il giudice nazionale in attesa di un giudicato sulla giurisdizione), CARRATTA, *Litispendenza "comunitaria", nozione di "decisione" e riconoscimento automatico nella Conv. Bruxelles: le incertezze della Cassazione*, in *Int'l Lis*, 2003, 36.

Meno interessanti ci sembrano in effetti i precedenti richiamati in tema di giurisdizione tributaria (Cass., Sez. Un., 5 marzo 2001, n. 88, in *Giur. It.*, 2002, 204 e segg.; Id., Sez. Un., 22 ottobre 2002, n. 14(8)96, in *Arch. Civ.*, 2003, 995 e segg.). Qui il punto è che non sono pronunce isolate; al contrario ci sembrano espressione di un orientamento generalmente condiviso e - aggiungerei - di buon senso. In particolare, nel senso che la conferma della giurisdizione in capo al giudice speciale da parte della Corte regolatrice consenta la prosecuzione della causa avanti quest'ultimo, v. fra le tante Id., Sez. Un., 2 aprile 1984, n. 2145, in *Foro It.*, 1984, I, 1242, 1532 (con nota di CIPRIANI); Cons. Stato, 15 dicembre 2005, n. 7130, in *Banca Dati Utet Giuridica*, voce "Competenza e giurisdizione civile"; Cons. Stato, 9 febbraio 1985, n. 77, in *Cons. Stato*, 1985, I, 172; Corte Conti, 6 ottobre 1998, n. 245, in *Foro Amm.*, 1999, 1353; Corte Conti Campania, 8 novembre 2000, n. 97, in *Riv. Corte Conti*, 2000, 144 (s.m.). E' interessante notare che proprio di questo genere è il caso deciso dalla sentenza in commento; per cui, se dovessimo limitare lo sguardo alla *ratio decidendi*, dovremmo concludere che la sentenza è priva di interesse in quanto conferma un orientamento - almeno così ci sembra - consolidato. Naturalmente le cose non stanno in questi termini, perché le premesse accolte dalla decisione in commento hanno una portata ben più ampia, comportando la generale applicazione dell'istituto della *translatio iudicii* in caso di pronuncia sulla giurisdizione.

Quanto alle specifiche norme invocate dalla S.C. (principalmente gli artt. 367 e 382 c.p.c.), crediamo che l'argomento tratto dall'art. 382 c.p.c. sia piuttosto convincente. Se la cassazione senza rinvio consegue al fatto che il giudice *a quo* e ogni altro giudice difettano di giurisdizione, allora è difficile immaginare che lo stesso modello decisorio operi negli altri casi, cioè in tutti quelli in cui vi sia un giudice (ordinario o speciale) che sulla causa ha giurisdizione (v. però BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*. II, Bari 2004, 209, il quale dubita che il dato ricavabile dall'art. 382 c.p.c. sia sufficiente, in quanto mancherebbe un meccanismo di raccordo specifico abbastanza da consentire al giudizio di transmigrare da una giurisdizione all'altra). Altre disposizioni, benché non siano altrettanto favorevoli alla soluzione qui accolta, nemmeno sono decisive a favore della soluzione opposta; quindi ci sembra corretto orientare lo *ius conditum* verso un risultato condivisibile e auspicato.

(3) *Postilla* – Quando il primo provvedimento era già in bozze è intervenuta la Corte costituzionale, che con la sentenza riportata in epigrafe ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 30, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, in relazione agli artt. 24 e 111 Cost., nella parte in cui non prevede che, dichiarato il difetto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo, gli effetti sostanziali e processuali della domanda si conservino nel processo avanti il giudice la giurisdizione di cui è dichiarata.

Nel caso di specie stava consumandosi il dramma oramai noto e ricordato nella nota a Cass., 4109/2007. Il Giudice ordinario, adito per l'adozione di misure contro un

comportamento illecito del Comune, declina la giurisdizione a favore del giudice amministrativo, perché la controversia inerisce la materia urbanistico-edilizia che l'art. 34, d.lgs. 80/98 e succ. modd. attribuisce alla giurisdizione esclusiva all'AGA. La causa viene quindi promossa davanti al TAR Liguria; ma nel frattempo interviene Corte cost., 204/2004, già citata nella nota che precede, che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, cit., impone nel caso concreto di riaffermare la giurisdizione del giudice ordinario. Prima di infliggere al ricorrente una nuova declinatoria di giurisdizione, il TAR solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, l. 1034/1971, nella parte in cui non autorizza la continuazione del processo con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

La Consulta, discostandosi consapevolmente dalla pronuncia delle Sezioni Unite pubblicata in epigrafe, ha escluso che la disciplina vigente – di cui viene specificamente in rilievo l'art. 30 l. TAR – garantisca la conservazione degli effetti della domanda riproposta davanti al giudice *ad quem*.

Il dissenso da Cass., 4109/2007 riposa principalmente sul dato ricavabile dall'art. 50 c.p.c., nella parte in cui limita la *translatio iudicii* al caso dell'incompetenza. La legge vigente sarebbe allora incostituzionale: nella prospettiva degli artt. 24 e 111 Cost., il riparto fra giurisdizioni deve servire al potenziamento della tutela giudiziale; non a dirimere conflitti fra ordini giudiziari con soluzioni che, invece di favorire, ostacolano il cittadino nell'esercizio del diritto di azione.

La Corte, va aggiunto, non ha appuntato la censura sul solo fatto che alla declaratoria di difetto di giurisdizione non segua la *translatio iudicii*. L'incostituzionalità colpisce un aspetto ulteriore: cioè la generica assenza di un meccanismo volto a garantire che, riattivato il giudizio, siano conservati gli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta. La tecnica con cui attuare questa garanzia è senz'altro la *translatio iudicii*; ma toccherà al legislatore la messa a punto dello specifico meccanismo di riassunzione. Si tratta di una scelta delicata, perché (in analogia con la disciplina del difetto di competenza) potrebbero rendersi opportune limitazioni al potere del giudice *ad quem* di sindacare la propria giurisdizione. Nel frattempo – aggiunge la Corte – starà all'interprete individuare le soluzioni più in linea con il principio enunciato dal Giudice delle leggi.

Non mancheranno le occasioni per esprimere giudizi approfonditi sulla pronuncia della Corte costituzionale. Qui ci limitiamo a un paio di rilievi.

Nel confutare gli argomenti addotti dalle Sezioni Unite, la Consulta non ci è sembrata molto persuasiva. Ad esempio non si è specificamente confrontata con il dato ricavabile dall'art. 382 c.p.c., ricordato nella nota che precede; che, se non è irresistibile, nemmeno può essere sottovalutato nelle sue implicazioni sistematiche. Inoltre, se sulla tecnica di riassunzione della causa la parola spetta al legislatore, allora non sarà facile per i giudici ottemperare all'invito della Consulta. Nel periodo di vuoto legislativo l'interprete avrebbe il compito di rintracciare soluzioni costituzionalmente conformi al principio enunciato dal Giudice delle leggi; ma sono, appunto, soluzioni che in tesi spetterebbe al legislatore indicare.

Davide Turrone
v. Piffetti n. 21 – Torino
cell. 339-84.86.816

Certo è che la decisione della Consulta vincolerà i giudici; quindi garantirà un risultato che le Sezioni Unite, con il loro autorevole precedente, potevano soltanto indicare ma non imporre all'interprete.

DAVIDE TURRONI

Davide Turrone